

POR DON IVAN RVYZ XIMENEZ,

DON ANTONIO GARCIA DE Alcaraz y Mula, y demas Albaceas, y legatarios de don Agustin de Lauiz y Gueuara, vezinos de la ciudad de Lorca. Y doña Maria Iuana Carcelen, viuda de dicho don Agustin, vezina de la villa de Tobarra.

EN EL PEYTO.

CON DON BARTOLOME LEONES y Gueuara, como marido, y conjunta persona de doña Agustina de Lauiz y Gueuara, hermana de dicho don Agustin, y vezinos de dicha ciudad de Lorca.

En Granada, en la Imprenta Real de Francisco Sanchez, en frente del Hospital de Corpus Christi. Año de 1669.

Nu. 1. 
ARA la inteligencia de este pleyto, aunque el hecho de el es dilatado, se ceñirá a lo mas preciso con la breuedad possible, pues solo el cuydado de las partes, por auer entendido se ha escrito por la de dicho don Bartolome dà motiuo a esta diligencia.

2 ¶ Diò principio a este pleyto el pedimento que el dia siete de Enero del año passado de 67. hizo don Iuan Ruyz Ximenez, tio de dicho don Agustin de Lauiz, en que haziendo relacion como auia muerto el dicho don Agustin, y tenia noticia que el dia dos de dicho mes, luego que se sintiò con la enfermedad de que auia muerto, hizo llamar a Martin Nauarro, escriuano publico, y del numero de aquella ciudad, para disponer su testamento, y por no auer llegado el papel sellado de dicho año le pareciò a dicho escriuano tenia dificultad el hazer dicho testamento, y determinò, para su acierto, dando a entender esta duda a dicho don Agustin, comunicarla con el Doctor don Gines Vençal Felizes, Canonigo de la Cogial de aquella ciudad, y Abogado en ella, y auiendolo comunicado cō el susodicho le pareciò, que por el defecto de el papel referido se hiziesse in scriptis el testamento, y auiendo ydo a las casas de dicho don Agustin el dicho escriuano con el Doctor Vençal, se començò a disponer el testamento colocando, y dando forma a la voluntad de dicho don Agustin el dicho Doctor Vençal, escriuiendose en papel comun, que se continuò hasta las ocho de la noche del dicho dia, y a dicha hora se suspendiò, porque los Medicos asseguraron daria ugar la enfermedad a proseguir mas de espacio, y

el

el dia siguiente, tres de dicho mes, a las ocho de la mañana, el dicho don Agustin de Lauiz, deseando perficionar su testamento, embiò a llamar a dicho Doctor don Gines Vençal, y escriuano referido, para continuarlo, y auiendo ydo los susodichos se prosiguiò en la forma referida, sacando vnas apuntaciones que estauan en borrador de mano, parte de ellas del testador, y otras de la de don Gonçalo Garcia de Alcaraz y Mula, Presbytero, y se continuò hasta las doze de el dia, que se fueron a comer, encargandoles dicho don Agustin boluiessen con breuedad, y lo hizieron a las dos de la tarde, en que se perficionò dicho testamento, y declarò dicho testador no tenia mas que disponer, con que lo firmò de su letra, y se concluyò, advirtiendole el escriuano se auiã escrito diez y ocho fojas, que si gustaua de que se otorgasse llamaria testigos; a que le respondiò el dicho don Agustin, que su intencion no auia sido hazer testamento cerrado, sino de forma que lo entendiessen todos, y que por no auer hallado papel sellado se auia reduzido a hazerlo en aquella forma, y que assi los susodichos podian declarar su disposicion a qualquiera que la preguntasse, y que para su cõsuelo queria que dicho testamento se leyesse en presencia de sus albaceas, y deudos, y preuino a dicho escriuano que boluiesse otro dia por la mañana, como lo hizo el dia quatro de dicho mes, en que auiendo concurrido en las casas de la morada de dicho don Agustin el dicho escriuano, don Antonio de Alcaraz y Mula, el Almirante don Antonio de Aguilar, don Alonso de Beas, don Gonçalo Garcia de Alcaraz, Pedro Nauarro Huete, y vna criada de la casa, y don Bartolome Leones, en presencia de los susodichos se leyò el testamento de orden de dicho don Agustin, y leydo preguntò el susodicho a los circunstantes le dixessen, que les auia parecido, a que respondieron todos, que estaua

taua muy bueno, y dieron las gracias algunos de el los por los legados que les dexaua, y en especial el dicho don Bartolome Leones dixo, que le auia parecido muy bien, y que hiziesse otros muchos; y entonces el dicho don Agustin dixo, pues señores este es mi testamento, y vltima voluntad, que bien sabe Dios que mi deseo ha sido siempre cumplir con mi obligacion; y por ser la vna del dia, y no auer comido ninguno de los circunstantes se despidieron, y dicho don Agustin dixo a el escriuano boluiesse a la tarde se llamarian testigos, y pondria en forma; y auiendo buelto dicho escriuano con el testamento cerrado di ho don Agustin estaua ocupado con visita de dō Martin Ruyz Soler, Canonigo de la Colegial de dicha ciudad, por lo qual dixo a dicho escriuano dexasse el testamento en su poder, y boluiesse despues, y con efeto lo dexô, y quando boluiò le auia sobreuenido a dicho don Agustin vn fluxo de sangre a las siete y media de la noche de aquel dia, de que muriò.

3 ¶ Con esta relacion dicho don Iuan Ruyz pidiò, que atento a que dicho testamento auia quedado consumado, y perfecto se deuia executar lo en el contenido en fuerça de nuncupatiuo, ò como mejor huuiesse lugar en derecho, y porque tenia noticia auia dexado su alma por heredera, y a el susodicho por albacea, pidiò, que dicho testamento que se auia hallado a el tiempo de la muerte de dicho don Agustin en vna arquilla junto a su cama, se abra, y publique, recibiendo informacion que ofrece a el tenor de su pedimento, y que se lea, y muestre a los testigos para que le reconozcan, y declaren ser el mismo que se les leyò, y constando asi, se declare por valido dicho testamento, y se protocole, y para todo se cite a dicho don Bartolome Leones, y doña Agustina de Lauiz y Gueuara su muger, y hermana de dichon don

Agustin,

Agustin, y que jure, y declare dicho Martin Navarro escriuano ante quien auia passado lo referido a el tenor de este pedimento.

4 ¶ Por el Corregidor de dicha ciudad se mandò abrir dicho testamento, y leydo se lo entregò a el escriuano, y en el parece auer instituydo por su heredera dicho don Agustin su alma, dexò diferentes legados pios, dos aniuersarios en dicha Iglesia Colegial, quinientos ducados para pobres, dos Capellanias, mandò ciertos bienes a dicha doña Agustina su hermana, muger de dicho don Bartolome, y otros bienes a doña Iuana Carcelen su muger en vsufruto, y nombra por albaceas a don Iuan Ruyz Ximenez su tio, y a don Antonio de Alcaraz y Mula su primo, y a dō Alōso de Beas, y en el remaniente de sus bienes dexa por vsufrutuaria a dicha su muger, y despues de sus dias a doña Agustina de Lauiz su hermana, y despues de los de esta a su alma, y està firmado dicho testamento de dicho don Agustin.

5 ¶ Con citaciō de dicho don Bartolome Leones, y de doña Agustina su muger, se dà la informacion ofrecida en dicho pedimento, y en ella dize el Doctor don Gines Vencal todo el hecho que se contiene en el pedimento passò en presencia de el susodicho, y de oydas el auerse leydo en presencia de los referidos en dicho pedimento, y dize, quedò perfecto, y acabado el testamento, y que assi lo dixo el dicho don Agustin.

6 ¶ Los dichos don Antonio de Alcaraz y Mula, y demas que se refieren auer oydo leer dicho testamento, deponen en la misma conformidad que refiere el pedimento, excepto don Bartolome Leones, que dize no oyò dezir a el testador esta es mi vltima voluntad, y reconoce el memorial que se le muestra, y la letra del testador.

7 ¶ Con la informacion referida el dicho don Iuan Ruyz en diez y seys de Enero pidiò

que dicho testamento, por estar perfecto en fuerça de nuncupatiuo, se protocolasse con citacion de dicho don Bartolome.

8 ¶ El qual citado en veynte y cinco de dicho mes salió contradiziendo la pretension referida, y pidiendo se le diesse la possession de todos los bienes que auian quedado por fin y muerte de dicho don Agustin por no auer hecho testamento el susodicho, y ser doña Agustina de Lauiz su muger la parienta mas cercana, como su hermana legitima.

9 ¶ En el discurso del pleyto se ratificaron los testigos sin alterar circunstancia considerable, y de nueuo se examinan a don Gonçalo Ginez Quiñones, don Iuan de Gueuara, y otros testigos, que dizen, que auiendo visitado en la enfermedad de que muriò a dicho don Agustin, les dixo en el discurso de la conversacion; ya, gracias a Dios, tengo hecho mi testamento, y por no auer auido papel sellado me he reduzido a hazerlo cerrado; y todos los testigos, que son hasta nueue, dizen auerle oydo dezir, este es mi testamento, y vltima voluntad, por la que quedò escrita, y se leyò en presencia de los testigos referidos, solo don Bartolome Leones niega esta circunstancia.

10 ¶ Y haze prouanças, que se reduzen a si despues de muerto el dicho don Agustin auia dicho el Doctor Vencal, que su animo era hazer vinculo a fauor de sus parientes, y no ay testigo que lo diga, y que el papel sellado auia llegado a dicha ciudad el dia quatro de Enero a las doze de el; y assimismo que Francisca de Villalobos, criado de dicho testador, testigo en dicho testamento, padecia luzidos interualos, en que tampoco ay prouança, y por ser circunstancia de la entidad, que se reconoce para este pleyto, se omite el hazer de ellas mas larga relacion.

10 ¶ Concluso en la instancia de el inferior,

ferior, la ſentencia fue, declarar por teſtamento, y vltima voluntad la diſpoſicion que ſe contiene en el papel que ſe ha preſentado, y que deue valer en fuerça de nuncupatiuo, de que ſe apelò por parte de dicho don Bartolome, y dixo de agrauios en eſta Corte; y por dichos albaceas de bien ſentenciado, y ſe pidiò ſe declaraſſe deuer quedar priuado dicho don Bartolome Leones de el legado que en la diſpoſicion referida ſe dexò a doña Aguſtina ſu muger, por auer impugnado el teſtamento, y concluſo.

12 ¶ La ſentencia de viſta fue, confirmarla de el inferior, de que ſe ſuplicò por dicho don Bartolome, y ofreciò a prouar, a que ſe concluyò, y lo eſtà en reuiſta ſobre confirmar, ò reformar la ſentencia de viſta, y del inferior referidas, y para que ſe confirmen ſe referiràn los fundamentos que aſsiſten a dichos albaceas, y legatarios para la validacion de dicho teſtamento, refiriendo en el diſcurſo de ellos el hecho que ſe neceſsitare, y diuidiendolos en dos.

13 ¶ El primero ſerà, que la diſpoſicion referida para teſtamento nuncupatiuo tiene las ſolemnidades, y requiſitos de que neceſsita, y que aſsi, en fuerça de tal, deue ſubſiſtir.

14 ¶ El ſegundo, que aun quando faltaran en dicha diſpoſicion algunas ſolemnidades, no auiendo defecto de voluntad, por ſer a fauor de obras pias deue tener validacion.

*** ARTICVLO PRIMERO. ***

15 ¶ No es dudable la forma, y ſolemnidades que neceſsita el teſtamento nuncupatiuo, aſsi por el derecho comun, como por las diſpoſiciones eſpeciales de eſtos Reynos, el derecho comun no lo diſtinguiò de el in ſcriptis en el numero de teſtigos, pues igualmente pidiò ſiete para

ra

ra su validacion, vt in *leg. hac consultissima, §. per nuncupationem, C. de testamentis, cum vulgatis.*

16 ¶ Este numero de testigos que para el testamento nuncupatiuo se necessitaua lo corrigiò nuestro derecho de el Reyno, dando forma, que es la siguiente, que si se hiziesse, y otorgasse ante escriuano, reduziendolo a escritura publica, bastassen tres testigos, y no auiendo escriuano fuesse ante cinco, vt ex *leg. 1. tit. 2. lib. 5. ordinamenti*, a que se refiere la *l. 3. Tauri, quæ est 2. tit. 4. lib. 5. Recopilat.* & in earum explicatione Burgos de Paz *in dict. l. 3. Taur. num. 826.* Cifuent. *in eadem leg. num. 20.* & Tellus Fernandez *in 2. part. num. 14.* Anton. Gomez *num. 47.* Dom. Menchaca *de successionum creatione, lib. 3. §. 2. num. 20.* Dom. Couarr. *in cap. cum esses de testament. num. 1.* Matienço *in l. 1. tit. 4. lib. 5. Recopilat. glos. 3. num. 6.* & Azeuedo *in eadem leg. à num. 1.*

17 ¶ No se dudan estos principios tan claros por la parte de don Bartolome Leones, y que segun ellos no solo ay suficiente numero de testigos con los que asistieron a oyr leer el testamento de dicho don Agustin de Lauiz, si no que sobran muchos, mas valese de diferentes objecciones, y assi la respuesta a ellas seràn los mas seguros fundamentos.

OBIECCION PRIMERA.

18 ¶ Esta se reduze a pretender el dicho don Bartolome Leones, que la disposicion referida no puede tener firmeça como testamento nũcupatiuo, porque el dicho don Agustin de Lauiz parece eligiò por forma de testar la del testamento cerrado, con lo qual fue visto limitarse a ella, y no querer que en otra valiesse su testamento, con que no teniendo las solemnidades, y requisitos que

que para testamento in scriptis se necessita, ni como tal puede valer, por faltarle dichas solemnidades, ni como nuncupatiuo, por no concurrir la voluntad de el testador, que se presume no quiso testar en dicha forma, ad text. in *l. multum interest, C. si quis alt. vel sibi, cap. super abatia de offic. delegat.* ex quibus desumitur illud vulgare, *quod potui nolui, & quod volui adimplere nequeui*, & ex ijs, & alijs comprobant la opinion referida Oldraldus *cons. 159. per totum*, quem sequuntur Corn. Cin. & alij quam plurimi ex antiquioribus relati à Menoch. *de præsumption. lib. 4 præsumpt. 2. à num. 19.*

19 ¶ Et ex nostris hoc ipsum videntur probare Bugos de Paz *in l. 3. Taur. part. 1. conclus. 2. num. 219.* Tello Fernandez *in eadem leg. 5 part. num. 5.* & alios referens Azeued. *in l. 7. tit. 4. lib. 5. Recopilat. à num. 58.*

RESPVESTA DE ESTA primera objeccion.

20 ¶ Sea, pues, lo primero, que los Autores, y doctrinas que por mas fauorables se pueden ponderar hablan, y se deuen entender quando el testador precisamente se limitò restringiendo su voluntad a testar in scriptis, & nõ alio modo, porque en este caso totalmente parece ay defecto de voluntad, sin la qual no puede conservarse la disposicion, vt ex ipsomet Oldrald. in consilio supra relato colligitur.

21 ¶ Y en este mismo sentido se deuen entender, y aun assi se explican, Cin. *in l. hac consultiss. §. per nuncup. C. de test.* Paulo de Castro *cons. 101. ex num. 3.* Curt. *cons. 12. & 303.* & alij ex antiquioribus quos recenset Menoch. *dict. præsumpt. 2. à num. 19.* & Dom. Castillo *lib. 4. controuers. capit. 22. à numer. 3.* quos libenter

omitimus por escusar prolixidad.

22 ¶ Ex nostris autem, que hablen en este sentido, videlicêt, quando lo voluntad es expressa de testar in scriptis, & non alia forma facile videre est, ex Burgos de Paz *in dict. l. 3. Taur. part. 1. conclus. 2. à num. 232.* Tellus Fernandez *in dict. leg partit. 5. à num. 9.* Padilla *in l. ex testamento, C. de fideicommiss. à num. 7.* Dom. Menchac. magis expresse hoc asserit ex *l. 1. tit. 1. partit. 6. in tractat. de success. creat. lib. 3. §. 22. à nu. 37.* & cum alijs quam plurimis Azeued. *in dict. l. 2. tit. 4. lib. 5. Recopilat. à num. 47.* donde proponiendo la question presente, que disputa, sic ait: *Quid si quis voluit testari in scriptis, quia sic expresse declarauit, &c.*

23 ¶ Mas quando, sin perjuyzio de la verdad, dieramos, que los Autores referidos, y otros muchos que se pueden traer para este punto, no restringiessen esta conclusion a los terminos de voluntad limitada con expresion a testar in scriptis, si no que, aun quando esta por conjecturas se explicasse auer sido de testar en dicha forma, corriesse la conclusion de no valer en otra, toda via restaua fundar de contrario, que conjecturas intervienen que persuadan con euidencia quiso testar in scriptis don Agustin de Lauiz, pues es el fundamento de la nulidad que pretende, vt in casu resolvit ex Bertazol. Alexand. & Parlador. Flores Diaz de Mena *lib. 1. variarum, cap. 1. à num. 34.* & Dom. Castillo *lib. 4. controuers. cap. 21. num. 115.* ibi: *Quia testamentum dicitur perfectum nisi constet quod testator eo tempore aliud disponere voluisset, quod vtique est probandum pro parte impugnantis testamentum, ex quo actus non præsumitur imperfectus, nisi probetur.*

24 ¶ Y lo que solo parece puede ser argumento de esta intencion, y que por conjectura la traen algunos Autores, es el auer puesto algu-

nas

nas solemnidades que corresponden a testamento cerrado, por las quales se quiere inferir se reduxo, y fue su voluntad testar en dicha forma, vt ex hac coniectura infieren Alber. *in dict. §. per nuncup.* & Paul. *in l. hæredes palam, num. 5. & in dict. §. per nuncup. columm. fin.* para que se citara tambien a el señor Gregorio Lopez en la ley segunda *tit. 1. partit. 6.* glos. *en poridad.*

25 ¶ Pero no es dudable que esta conjectura no se adapta a el caso presente, ademas de no ser suficiente para inferir de ella voluntad precisa de no testar en otra forma.

26 ¶ Que no convenga a el caso de este pleyto se manifiesta, pues los Autores referidos, que la tienen por bastante, hablan de aquellas solemnidades que solo convienen a el testamento in scriptis, y no son, y aun repugnan a la naturaleza del testamento nuncupatiuo, vt sigilationes, appositio cordularum, & alia similia, mas no aquellas solemnidades quæ æquè conveniunt a vna, y otra forma de testar, y de el hecho se manifiesta que no intervino ninguna de las solemnidades referidas, pues no passò el testador a poner las cuerdas a el testamento, ni sellos, ni otras de las que vt repugnantes testamento nuncupatiuo, vt ex *leg. iubemus, C. de testament.* referunt Autores supra citati, & Tell. Fernandez *dict. 5. part. l. 3. num. 7.* ibi: *Quod tunc dicatur velle testari in scriptis tantum, quando adhibuit aliquas solemnitates, quæ tantum conveniunt testamento in scriptis, videlicet, sigilationes, appositio cordularum, & alia similia.*

27 ¶ Mas quando huuieran concurrido las circunstancias referidas, y solemnidades priuatiuas de el testamento cerrado, toda via no era suficiente medio para manifestar voluntad coartada a testar in scriptis, y que por ella sola, no valiendo como testamento cerrado, no tuuiera subsistencia

sistencia como nuncupatiuo, vt ex Bart. *in leg. fin. ff. de iure Codic.* Ang. *in l. 1. de hæred. instit.* Gozadin. *cons. 3. num. 11.* asserit Tell. Fernandez *in dict. l. 3. part. 5. à num. 12.* ibi: *An ex eo, quod solemnitates testamenti in scriptis adhibuit probetur voluisse præcise in scriptis testari, & iudicio meo credo, ex hoc tantum non constare voluntatem præcisam testandi in scriptis.* Y prosigue fundandolo con grauissimas razones.

28 ¶ Y aun no solo quando la voluntad referida se deduze por conjecturas, pero ni quando es expressa en la forma referida, son muchas las autoridades, y mas eficazes los fundamẽtos juridicos que persuaden a que deue subsistir como nuncupatiuo si se le faltasse alguna solemnidad para cerrado, aunque por las de que vsò pareciesse queria testar en dicha forma, Menoch. *de præsumption. dict. lib. 4. præsumpt. 2. num. 16.* ibi: *Tertius est casus, quando testator adhibuit solemnitatem sufficientem testamento nuncupatiuo, non tamen sufficientem testamento in scriptis, vel ècontra, hoc in casu sustinetur testamentum secundum formam illam, quæ obseruata reperitur, etiam si testator ob adhibitam formam testamenti in scriptis, vel etiam ex expressione aliqua verborum visus fuerit in scriptis testari*, & pro hac opinione adducit quam plurimos, & præcipuè, Grammat. *decis. 62. num. 25.* Boer. *decis. 240 num. 5.* Dom. Minch. *de successionum creation. lib. 3. §. 30. num. 38.* vers. *Sed si*, ibi: *Sed si destinauit testari in scriptis, quod valeat in vim testamenti nuncupatiui facillimè admittitur.* Y omitimos el referir otros muchos lugares, y solo las razones de ellos, que son las mas eficazes, se propondràn con breuedad.

29 ¶ Y en especial para los que quisieron fundar en fuerça de conjecturas voluntad limitada, quales puede auer que vençan la de la ley

tercera,

tercera, *ff. de testament. militar.* para que se pueda presumir, que quien se puso a hazer testamento quisiesse por alguna leue circunstancia morir abintestato, y que teniendo las solemnidades de nuncupatiuo, si le preguntaran queria valiesse en fuerça de tal, no pudiendo valer como cerrado, aunque huuiera hecho dictamen de hazerlo en esta forma, dexara de responder, que queria valiesse en la que pudiesse conforme a derecho, ex *l. tale pactum, §. fin.* vbi glosa, & Doctores, *ff. de pactis.*

30 ¶ Y ponderando el texto referido *in dict. l. 3.* lo resuelve asi con muchos fundamẽtos el señor Crespis *tom. 2. obseruat. 52. num. 35.* ibi: *Atque ita cum vocato septenario numero testium, & tabelione, possit testator iure communi, vel per nuncupationem, vel in scriptis testari: si omnia, quæ ad suam voluntatem exprimendã necessaria sunt, compleuerit, ita vt ei nihil super sit agendum, quamuis quo ad tabelionem, adhùc imperfecta sit dispositio, intelligimus testatorem, non ita testandi in scriptis viam elegisse, vt testationi per nuncupationem videatur renuntiasse.*

31 ¶ Con estos, y otros fundamentos concluyentemente se satisfaze por los Autores referidos a los de la contraria que fundan en el brocardico referido, *quod potui nolui, & quod, &c.* pues esto se entiende para que no pueda hazer transito, ni valer el acto, que es en si nulo, por otro distinto en especie, aunque valido, q̃ es el fundamento tambien que se saca de la *ley non codicillum, C. de testament.* en donde, si faltan las solemnidades para el testamento, aunque intervengan suficientes para codicilo, auiendo sido el animo de hazer testamento, no vale, ni como codicilo, porque aqui ay razon de diuersidad, respeto de que el testamento, y codicilo son especies distintas, mas no se puede considerar esta diuersidad

entre el testamento cerrado, y nuncupatiuo, que son de vna misma naturaleza, aunque varien algo en las solemnidades, en esta forma lo discurre el señor Menchaca en el §.3 referido circa num.39 & Menoch. *dict. præsumpt. 2. à num. 17. vsque in finem.*

32 ¶ Todo lo que se ha discurrido hasta aqui en este punto pareciera ocioso a no auerse insistido tanto en el a la vista de este pleyto, pues las opiniones de los Autores que en el ay solo son, ò quando ay voluntad expressa de testar in scriptis, ò se colige està por presunciones tan vehementes que persuadan a ello, mas en el caso de este pleyto cessan estas opiniones, pues no solo no huuo en don Agustin de Lauiz voluntad expressa, ni conjecturada de hazer testamento cerrado, antes bien la ay expressa, y prouada de que fue su animo hazer testamento nuncupatiuo, que sin andarla aueriguando por las conjecturas de que quiso que se leyesse su testamento, y publicasse delante de las personas que concurriessen en su casa, està verificado con testigos fue su animo, y voluntad hazer testamento nuncupatiuo, y que solo el error de los que consultò, que le dixeron no podia hazerlo por no auer papel sellado, le reduxo a la forma que tomò, y esta voluntad de hazer testamento nuncupatiuo como cosa extrinseca de el, con dos testigos (ademas de auer muchos) quedara suficientemente prouada, vt ex Mantica *de conjectur. vltimar. voluntat. lib. 12. tit. 16. num. 14. & 15.* Paz *in l. 3. Taur.* & alijs quam plurimis tenet Dom. Castillo *lib. 4. controuersiar. cap. 20. num. 14. & cap. 21. num. 56.*

OBIECCION SEGVNDA.

33 ¶ En esta se pretende dar a entēder, que el testamento que se hallò escrito, y lo demas

que

que mira a la disposicion de dicho don Agustin de Lauiz, ni aun para nuncupatiuo, quedò con las solemnidades que requeria, porque los testigos que intervinieron, aunque en el numero fuessen bastantes, no tenian las calidades necessarias para ser idoneos en el testamento, ad textum in *leg. qui testamento 20. §. mulier, cum sequentib. ff. de testament.* & textum in *leg. nullus, ff. de testib. & leg. omnibus 9. C. eodem.*

RESPVESTA A ESTA SEGVNDA objeccion.

34 ¶ Que la disposicion de dicho don Agustin de Lauiz no quedasse perfecta no se de que se pueda colegir, suponiendo, que puede valer en fuerça de testamento nuncupatiuo, vt probatum manet en la respuesta a la primera objeccion supra à num. y que para estar perfecto en fuerça de tal, tenga, no solo suficiente numero de testigos, si no que sobren muchos, no se podrà dudar, pues son los que asistieron siete, fuera del escriuano, y Doctor Vençal.

35 ¶ Que estos tengan las calidades que el derecho requiere para testigos testamentarios, patet, pues aunque algunos de ellos sean legatarios, ni por derecho comun, ni por el de nuestro Reyno es defecto que impida esta calidad, ex *§. legatarijs. Instit. de testament. & l. qui testamēto 20. in princip. ff. de testament, l. dictantibus, C. eodem, glos. in l. si quis ita, ff de rebus dubijs,* & ibi Socin. *de iure Regio in l. 11. tit. 1. part. 6.* Gregor. Lopez & *in l. 3. Taur.* Tello Fernandez *2. part. num. 11.* licet limitet quando no intervienen si no tres testigos, Burgos de Paz *in dict. l. 3. num. 844.* Emanuel Acosta *in rep. cap. si pater de testament. 2. part. num. 6.* Matienç. *in l. 1. tit. 4. lib. 5. Recopilat. glos. 8. num. 11.* & cum alijs

Dom.

Dom. Pichard. *in dict. §. legatarijs, num. 1.*

36 ¶ Como ni lo es tāpoco el q̄ Frācisca de Villalobos, criada de la casa de dicho don Agustin de Lauiz sea vno de los testigos de dicha disposiciō, pues ademas de q̄ sin ella ay suficiēte numero, en los testamentos q̄ a fauor de obras pias, aut inter liberos se hazen, como en estas, no se mira tanto las solemnidades, y solo se atiende a la prouança regular de la verdadera voluntad, no es impedimento la calidad del sexo para ser idoneos testigos.

37 ¶ Ni lo que se quiere dar a entender de que los testigos que intervinieron no fueron fueron rogados, como se requeria, ademas de ser incierto en el hecho faltasse esta circunstancia, pues consta de èl que no quiso dicho dō Agustin de Lauiz se perficionasse, y cerrasse el dia antecedente el testamento, haziendo llamar a todos los que concurrieron en las casas de su morada quādo se leyò; con lo qual se califica auer intervenido dicha calidad de auer sido llamados, y rogados.

38 ¶ Ni esta circunstancia puede oponerse por defecto, porque segun la disposicion de nuestra ley 3. Tauri, quæ hodie est la *2. tit. 4. lib. 5. Recopilat.* entre las solemnidades que pone para el testamento no se haze mencion de ella, ni para el nuncupatiuo la haze la ley del ordinamiēto, que refiere Antonio Gomez, fundando esta opinion in *dict. l. 3. Taur. num. 29.* a quien sigue Palacios Rubeos *in eadem leg. num. 66.* & alios referens Matienço *in l. 1. glos. 8. num. 8. & in l. 2. glos. 2. num. 3. tit. 4. lib. 5. Recopilat.*

39 ¶ Y quando esto no fuera cierto, toda via no podia embaraçar la validacion de dicho testamento, por ser a fauor de obras pias, en cuya contemplacion se dispensara este, y aun otros mayores defectos de solemnidad, vt ex *cap. relatum*

de

de testament. tenet Abbas Panormit. & Doctores in *dict. cap.* & Dom. Couarr. *num.* 4. Cardinalis Mantica *de coniecturis vltimar. voluntat. lib. 6. tit. 3. num.* 4. & cum alijs quam plurimis Matienço *in l. 1. tit. 4. lib. 5. Recopilat. glos. 8. num. 7.*

40 ¶ Con que no parece dudable, respeto de lo referido, que dicha disposiciõ, ò por auer sido (como se fundarà) principalmente a fauor de obras pias, ò en fuerça de vltima voluntad, prouada con suficiente numero de testigos, aurà de subsistir, aunque tuuiera defectos de solemnidad, muy notorios, vt ex dict. cap. relatum, tenẽt omnes Authores supra citati, & cum alijs quam plurimis Dom. Castill. *in dict. cap. 21. nu. 22.* & Donat. Ant. Marinis *resol. quotid. lib. 1. c. 238. à n. 1.*

TERCERA OBIECCION.

40 ¶ Que solo fue vna preparacion para testar, mas no testamento perfecto, porque para el huuo defecto de voluntad, que este es insanable, y vicia las disposiciones, aunque sean hechas a fauor de obras pias, aut inter liberos, y assimismo por no auer llegado dicha disposiciõ a el vltimo punto de su complemento, quedò imperfecta, & per consequens invalida, ad textum *in l. si is qui testamentum, & l. ex ea scriptura. ff. de testam. & l. fideicommissa, §. quoties, ff. de legat. 3.* tenet Oldrad. *cons. 119.* Bart. *cons. 46.* Immol. *cons. 95.* Castrens. *cons. 75. & 101. & 450.* con otros muchos que por tres colunas enteras cita el señor Castill. *lib. 4. controuers. cap. 21. nu. 30.*

RESPVESTA A ESTA TERCERA *objecion.*

41 ¶ En la satisfacion concluyente

que

que, videri nostro, tiene este fundamento, por ser en el que principalmente ha insistido la parte de dicho don Bartolome Leones, quedarà calificada la justicia notoria que assiste a los albaceas, y legatarios, por quien se defiende, la validacion de esta disposiciõ, no dudamos la certeza de los fundamentos referidos supra nu. 40. mas el adaptallos a el caso deste pleyto, *hoc opus, hic labor est.*

42 ¶ Con que solo queda a dicho don Bartolome Leones por vltimo refugio de su pretension el defecto de su voluntad, que se quiere dar a entender huuo en esta disposicion, valiendose para fundarlo de la doctrina de la *l. si is qui testam. 25. ff. de testam.* donde parece, que aunque el testamento se halle ya con institucion de heredero, que en los terminos de el derecho comun era lo essencial del, ad textum *in l. 1. & l. haredes palam de testam. & l. iubemus, C. eodem, & §. ante haredis instit. Instit. de legat.* cum vulgatis, no obstante se decide no valer el testamento si la disposicion no quedô perfecta, & testator ad alia progredi volebat, ex Autoribus supra num. 40. congestis â Dom. Castill. *dict. cap. 21. à num. 3.*

43 ¶ Pues para fundar este defecto necessitaua el dicho don Bartolome de Leones de verificar este animo, y voluntad del testador con medios que per necesse concluyeran, vt apertê colligitur ex *dict. l. si is qui testam.* ibi: *Labeo tunc hoc verum esse existimat si constaret voluisse plures eum, qui testamentum fecisse haredes pronuntiare, ego nec servium puto aliud sensisse*; ex quo textu hoc comprobât Fulgos. *cons. 117.* Barbac. *cõs. 58.* Alex. *cõs. 74.* & ex nostris Albarad. *de cõiectur. men. defunct. lib. 3. cap. 2. §. 1. nu. 14.* Ayor. *de partit. 3. part. quast. 4. num. 70.* Tell. Fernand. *in l. 3. Taur. 2. part. num. 16.* Matienç. & Azeb. cum alijs quam plurimis relatis â Dom. Castill. *lib. 4. controuers. cap. 21. à num. 44.* & nouissime

me Guzm. *verit. iur. verit.* 15. *num.* 23. ibi: *Voluntatem præsumi completam, & absolutam, & quod testator nihil vltra voluerit disponere, nisi contrarium probetur per media, quæ concludant per necesse.*

44 ¶ Y aun quando para ajustar esta imperfeccion de volūtad q̃ se pretende, fuerā bastātes cōjeturas, q̃ denotarā animo de proseguir el testamēto, estas auian de ser tales, q̃ vencierā la presunciō juridica q̃ assiste a qualesquiera disposiciō para q̃ se presuma perfecta, y las q̃ los Autores reconocē para este efecto son, quādo queda clausula pēdiēte, videlicêt. *Itē volo, vel hoc amplius volo*, dicciones que por repetitiuas denotā el progesso, vt agnoscunt Ruesti. *cons.* 15. Albarad. *lib.* 3. *cap.* 2. §. 1. *num.* 14. & cum alijs Dom. Castill. *dict. cap.* 21. *nu.* 52. ibi: *Quod quidem, & voluisse testatorem ad alia disponenda vltra transire; probabitur, quando post vnum, vel plura disposita à quibus inchoauerat facere testamentum subiecit verbum dispositiuum cum præcedenti dictione repetitiua, puta, item volo, vel hoc amplius volo.*

45 ¶ Con que no concurriendo, ni el auerse verificado con euidencia voluntad de proseguir dicho testamento, ni las conjeturas referidas solo se vendrà a fundar de contrario esta imperfeccion en auer suspendido dicho don Agustin de Lauiz el otorgamiento, y que se acabasse de perficionar su testamēto el dia quatro de Enero, diziendo a el escriuano boluiesse despues, de que se quiere inferir defecto de voluntad para la perfeccion de dicho testamento.

46 ¶ A que se satisfaze lo primero, con el hecho cierto, pues quando passò lo referido, no es dudable auia precedido ya el auerse leydo dicho testamento en presencia de los testigos referidos, y dicho el testador, *pues este es mi testamē*

to,y vltima voluntad, con que auia quedado en fuerça de tal, ya perfecta, vt ex pluribus notat D. Castill, *dict. cap. 21. num. 55.* vbi notat, que para prouar esta voluntad del testador de auer dicho, este es mi testamento, y vltima voluntad, y tener la por perfecta bastan dos testigos, como en las demas cosas extrinsecas de los testamentos, con que no puede hazer falta la deposicion de don Bartolome Leones, que solo niega este particular, pues ademas de los testigos que se hallaron a oyr leer el testamento, deponen otros tres, de entera fee, y credito, que auiendole ydo a visitar les dixo estaua muy consolado, porque tenia ya acabado su testamento.

47 ¶ Pero quando faltara lo referido, la circunstancia que ocasionò a dicho don Agustin de Lauiz suspender el que se pusieran los hilos y firmas de los testigos, no fue por tener cosa que añadir, ò quitar de dicho su testamento, si solo porque se hallaua ocupado con la visita de don Martin Ruyz Soler, Canonigo de la Colegial de dicha ciudad, y porque le assegurauan los Medicos no instaua la enfermedad, y assi todos los Autores, y doctrinas que ponderan, por defecto de voluntad, la conjetura referida es, quando pendiente el testamento, y sin quedar perfecta la voluntad le dize el testador a el escriuano, *non facias aliud vsque cras, & rogat notarium vteras reuertatur*, vt ex Alex. Ruin. Iason, & alijs notat Menoch. *de præsumpt. lib. 4. præsumpt. 5. à nu. 6.* ibi: *Quando testator publicato, & ordinato testamento coram testibus, & notario, posteà dixit, non facias aliud, vsque cras, & rogauit notarium, & testes, vt cras reuerterentur.* D. Cast. *dict. cap. 21. num. 85.*

48 ¶ Con lo qual, ni por este medio, ni el que tambien se quiere ponderar de la ley *ex ea scriptura, ff. de testam. & l. fideicommissa, §. quoties,*

ties.ff.de legat.3. en donde no vale por testamento aquella escritura en q̄ el testador tuuiesse anotadas las cosas que en su testamento queria disponer, aunque estas las dixesse delante de testigos, se puede arguyr el defecto de voluntad que se pretende, porque esto mas era preparacion para testar, que testamento.

49 ¶ Porque no dudamos las disposiciones referidas; mas estas se entienden quando solamente se refieren con animo de consultar a las personas a quienes se leen, sin dezirles, como sucediò en nuestro caso, este es mi testamento, y vltima voluntad, en que con euidencia se manifiesta no correr las doctrinas de dichos textos, ni las de los Autores, que con ocasion de ellos explican, que refiere el señor Castillo *dict. cap. 21. nu. 115. pracipuè*, vers. *Sexta verò.*

50 ¶ Y vltimamente, el que dicho testamento no llegasse a su complemento en la forma de cerrado, explicada ya la voluntad del testador con palabras que denotaron su resolucion, y animo de que tuuiesse efecto lo por el dispuesto, y ordenado, aunque huuiesse suspendido su otorgamiento, y sin auerle hecho muriesse, serà defecto solo para que la escritura no tenga validacion, como instrumento publico, mas no para que esta voluntad, verificada con el numero de testigos que se requieren, dexe de tener subsistencia, Paul. de Castro *cons. 307. volum. 1.* Parlad. *in sexquicẽturia quotid. different. different. 15. num. 11. & rerum quotid. cap. 20. n. n. 14.* Anton. Gomez *in dict. l. 3. Taur. num. 108.* Albar. *de coniectur. ment. defunct. lib. 3. cap. 2. §. 1. num. 14.* Flores Diaz de Mena *variarum, lib. 1. quæst, 1. num. 43.* Azeued. *in l. 1. tit. 4. lib. 5 Recopilat. num. 64.* Matienç. *in dict. l. 1. glos. 7. num. 4.* & cum aliis quam plurimis.

51 ¶ Dom. Castillo *dict. cap. 21. n. 115.*

 ibi:

ibi: *Quia lectio, & consensus, siue otorgamiento non est de substantia testamenti nuncupatiui, ad hoc, vt sit testamentum, sed tantum est de substãtia ipsius scripturæ, ad hoc, vt sit publicum instrumentum, vnde si deficiat consensus, siue otorgamiento, licet vitietur scriptura, non vitiatur testamentum ipsum, quod remansit perfectũ, quoad voluntatem.*

52 ¶ Cancerius *lib. 1. variarum, cap. 4 num. 96.* ibi: *Quod si testator deliberate declarasset coram testibus talem esse suam voluntatem explicando eã dispositiue, & posteà dixisset, quod vocaretur notarius ad redigendam dictam suã voluntatem in scriptis, quod tùnc si ante notarij aduentum moreretur, vel ante publicationem factam per notarium, in prædicto casu non dari imperfectionem ratione voluntatis.*

53 ¶ Y los Autores referidos, citando a muchos que se omiten por escusar la prolixidad de este papel, traen casos mas apretados, concluyendo todos no auer defecto de voluntad por no estar el testamento con las solemnidades todas que para en fuerça de instrumento publico neces sitaua, y es muy del proposito Ayora *de partition. 3. part, quæst. 24.* Guzman *verit. iur. verit. 15. per totam*, Donat. Antonio Marin. *resolut. quotidian. lib. 1. cap. 238. præcipuè num. 10* ibi: *Neque in aliquo obstant verba illa torni dimane, che lo firmeremo: quia vltra, quod ex iã dictis de alia explicanda voluntate non apparet, intellexit testator de solemnibus, & sic de stipulatione testamenti, etenim testatoris verba secundum iuris dispositionem sunt accipienda, & prout lex dicit, sed lex dicit, finemque consistere interpretatur nõ in voluntate testatoris, sed in stipulatione, siue signaculis, & subscriptionibus testium; ergo verba illa à testatore prolata respectu voluntatis referri, non possunt, sed tantum solemnitatis: quia lex sic*

sic testamentum finiri interpretatur.

54 ¶ Con que no parece dudable no intervino en la disposicion de dicho don Agustin defecto alguno de voluntad, que era el medio vnico con que se podia impugnar, aunque no han faltado Autores muy clasicos, que aun con el, siẽdo a fauor de obras pias, defiendan, que valga en lo explicado por el testador, aunque tuuiesse animo de proseguir la disposicion, vt ex Pabormit. *cap. 1. num. 2. de successión. abintestat.* Bart. *in l. in testamento, ff. de fideicõmissar libert.* Ancharr. *cons. 337.* Castrens. *cons. 456.* Dec. *cons. 159.* Tiraquell. *de priuileg. piæ causæ, priuileg. 7. per totũ.* & inter liberos, que es lo mismo, Dom. Crespis de Valdaur. *obseruat. 50. per totam.*

55 ¶ Mas reconociendo, como deuemos, la buena fee, y que la contraria es mas seguida, fuera de que para el caso de este pleyto no se necessita de violentar las opiniones, pues no solo, como queda discurrido, no ay defecto de voluntad, pero ni de solemnidad, le hallamos en fuerça de nuncupatiuo, con que ex abundanti, y por si se reconociere alguno, que no alcançamos, se passarà a el segundo medio.

⁂ ARTICVLO SEGVNDO. ⁂

56 ¶ Que en los testamentos hechos ad pias causas solo se atienda a la prouança regular de la verdadera voluntad, despreciandose las solemnidades que por el derecho comun, y de nuestro Reyno se requieren, nemini dubium est, vt ex *cap. relatum, & cap. cum esses, de testament.* tenent Cardinal. Mantica *de coniectur. vltimar. voluntat. lib. 6. tit. 3. à num. 4.* Gamma *decis. 46. num. 3. & decis. 81. num. 2.* Zeuall. *commun. contra communes, quæst. 318.* Dom. Couarr. *in dict. cap. relatum, num. 4.* & alij quam plurimi congesti à Barbosa *in collectan. ad dictum caput.*

Y que

57 ¶ Y que esta disposicion se aya de guardar, no solo en los Tribunales Eclesiasticos, y tierras de el dominio temporal del Sumo Pontifice, sino generalmente en todos los Tribunales, y Reynos corre con la misma llaneza, vt ex Abbat. Bart. Iason, & alijs tenet Dom. Couarr. in *dict. cap. relatum, num. 1.*

58 ¶ Con que solo puede ser la duda, si la disposicion de dicho don Agustin se pueda dezir, que principalmente se dirigiò ad causas pias, y por este medio deuerse suplir las solemnidades, no solo para que tenga subsistencia lo que a su fauor se hallare en dicha inspeccion, sino que per consequentiam valga lo demas dispuesto, y que sea principalmente a fauor de obras pias, patet, pues la institucion directa de herederos es a fauor de su alma, ad textum in *l. iubemus, C. de testament. & l. hæredes palam, ff. eodem, & l. 1. ff. de hæredib. instit. & §. ante hæredis institutionem. Instit. de legat.*

59 ¶ Bien pudieramos fundar, que todos los legados, y mandas que se hallan en dicho testamento son pios, pues los mas no es dudable ser Capellanias, aniuersarios, limosnas, y en los que no concurren estas circunstancias, como en el de doña Maria Iuana Carcelen, viuda del dicho don Agustin, por ser por via de alimentos contiene la misma causa de piedad, *l. Mela, ff. de alimentis, & cibar. legat. & leg. Sancimus, C. de Sacrosanct. Eccles.* Surd. *de aliment. tit. 8. priuileg. 1. num. 1.* Lara *in l. si quis à liberis. §. vtrùm, num. 1.* & ex quam plurimis Dom. Castillo *de aliment. cap. 3. num. 1.*

60 ¶ Mas hallandose lo principal de la disposicion, que es la institucion de heredero directo a fauor de su alma, pues doña Maria Iuana Carcelen, y doña Agustina Lauiz solo son vsufructuarias, aunquando huuiera legados profanos, no

podia

podia insidir su validacion, vt ex Alex. *cons. 177.* Salicet. & alijs tenet Dom. Couarr. *in dicto cap. relatum, num. 2.*

61 ¶ Principalmente, quando el mis don Bartolome Leones, que lo impugna, no puede afectar ignorancia de la verdadera voluntad del testador, pues no solo la oyò, si no que expressamente la aprouò, dandole las gracias a el testador por la disposicion, diziẽdole estaua muy buena, con que no parece le es decente oy impugnarla, y que se le pueden dezir las palabras de el texto en la *l. generaliter, in fin. C. de non numer. pecun.* ibi: *Nimis enim indignum esse iudicamus, quod sua quisque voce dilucide protestatus est, id in eundem casum infirmare testimonioque proprio resistere.*

62 ¶ Y principalmente deuiera dicho don Bartolome, reconocida la voluntad de don Agustin de Lauiz, solicitar el que tuuiera efecto, pues no es dudable quedò muy beneficiado en su disposicion, y no, por alguna vtilidad mas, faltar a la obligacion que por el parentesco, y amistad tenia, escusandose de la reprehension que en semejante caso hazia Germanico, cuyas palabras refiere Annaeas Robert. *rer. iudicat. lib. 2. cap. 10. prosecio*, ibi: *Non hoc precipuum amicorum munus est, prosequi defunctum ingnabo quaestu, sed quae voluerit meminisse, quae mandauerit exequi.*

63 ¶ Y fuera justo que dicho don Bartolome Leones perdiera los legados que en dicho testamento se le dexarõ por auerlo impugnado, vt ex Crauet. *cons. 24. per tot.* Paul. de Cast. *cons. 244. num. 1. lib. 2.* Nicolas Boer. *decis. 147. ad finem*, Cancer. *variar. resolut, part. 3. cap. 15. num. 288.*

64 ¶ Que no parece sin graue escrupulo lo pueda hazer, pues le consta de la voluntad, y animo deliberado que para la disposicion referi-

da tuuo el dicho don Agustin de Lauiz, por auer intervenido en ella, y solo funda su pretension en alguna omission leue de solemnidad, que es el caso en que los Autores sienten peca mortalmente el que impugna el testamento, vt ex Abbat *in cap. cum esses de testam. num. 10. & 11.* & Magon. *decis. Florent. 58. num. 40. & decis. Lucens. 32. num. 58.* Manent. *cons. 35. num. 15.* & alijs quam plurimis tenet Ciriac. Nig. *controuers. 407. à nu. 131. & controuers. 426. nu. 75.*

65 ¶ Y que sea esto el fundamento de este pleyto, patet, pues de la declaracion del mismo don Bartolome se manifiesta que en su presencia explicò dicho don Agustin de Lauiz su voluntad, con que no ignora fuesse la referida, y solo en si firmaron los testigos, y pusieron las cuerdas a el testamento, y se otorgò, y firmò por dicho don Agustin, funda la nulidad que pretende, con que ademas del escrupulo que por el fundamento antecedente puede padecer, se le adaptan las palabras de Seneca *de benef. lib. 3. cap. 1.* ibi: *O turpa humano generi fraudis, ac nequitia, publica confessionem annulis nostris plusquam animis creditur?*

66 ¶ Y quando en este pleyto se considerara alguna duda (que no alcançamos) siendo sobre si ha de subsistir, ò no vn testamento, no es dudable contiene mucha causa de equidad, assi por ser la disposicion a fauor de obras pias, vt probatum manet supra, como por lo general de vltima voluntad, en cuya consideracion se considera vtilidad publica, *leg. vel negare 5. ff. quemadmodum testam. aper. cum vulgat.* para que se aya de inclinar el arbitrio a fauor de su validacion, *l. si pars 10. ff. de inoffic. test. cap. fin. extra, de re iudic.* Menoch. *de præsumpt. lib. 4. præsumpt. 10. nu. 12.* & cum alijs Ciriac. *dict. contr. 407. num. 126.*

67 ¶ Y ademas de las causas de equidad

dad referidas, no dexa de ayudar la diligencia que don Agustin puso, para que tuuiesse acierto, y perfeccion su voluntad, valiendose de personas que por su profesion pudieran dirigir su testamento, cuyo descuydo no le puede perjudicar, ad textũ *in leg. errores 2. C. de error. advocat.* y es mas disculpa para suplirle qualquier circunstancia de solemnidad que faltasse, que la que propone el Iurisconsulto *in leg. Lutius Titius 88. alias leg.* Scæbol. *89. §. Lutius Titius, ff. legat. 2.* ibi: *Lutius Titius hoc meum testamentum scripsi sine vllo iurisperito, rationem animi mei potius secutus quam miseram, & nimiam diligentiam, si quid autem minus perite minus, ve legitime fecero, pro iure legitimo debet haberi hominis sanè voluntans*; pues passò a la diligencia de buscar, y cõsultar quien gouernasse su disposicion.

88 ¶ Estos son los fundamentos que cõ la breuedad possible ha parecido representar, para que se confirmen las sentencias del inferior, y vista, como lo esperamos. Salva V. D. C.

L. D. Francisco Zebegin y Godinez.